



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2018-05-07

Meddelad i Stockholm

Mål nr

2288-18

SÖKANDE

Bellmans Åkeri & Entreprenad AB, 556402-9006

Ombud: Advokat Erik Hägnefors Sander

Advokaterna Liman & Partners HB

Box 24224

104 51 Stockholm

MOTPART

1. Nacka Kommun, 212000-0167

2. Nacka vatten och avfall AB, 559066-7589

Ombud för 1 och 2: Kommunjurist Engin Ceylan

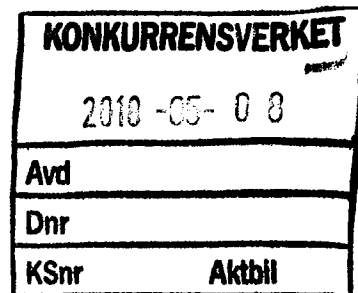
Nacka Kommun

Granitvägen 15

131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 958759

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

BAKGRUND

Nacka Kommun och Nacka vatten och avfall AB (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal för transporttjänster med lastbil (dnr NTN 2017/417). Upphandlingen genomförs i form av ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Som tilldelningsgrund tillämpas lägsta pris.

Enligt bilagan ”Skakrav” till förfrågningsunderlaget framgår, såvitt nu är i fråga, bl.a. följande. I punkt 2.5 anges bl.a. att en anbudsgivare får vid behov åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet i enlighet med 14 kap. 6 § LOU. På begäran av kommunen ska anbudsgivaren visa skriftligt åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs. I punkt 2.6 anges bl.a. att om underleverantör anlitas, ska organisationsnummer samt fullständigt namn på underleverantör lämnas samt att anbudsgivaren även ska ange vilken respektive hur stor andel av kontraktet som kan komma att läggas ut på underleverantör. Vidare framgår av punkt 3.4 att anbudsgivaren vid entreprenadstart ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet samt kompetens och erfarenhet att utföra uppdrag i enlighet med förfrågningsunderlagets krav samt att en beskrivning ska lämnas av företagets tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt kompetens och erfarenhet.

Tilldelningsbeslut fattades den 16 januari 2018 varvid AK Schakt o Entreprenad AB, 556777-5282 (AK) tilldelades kontrakt.

YRKANDEN M.M.

Bellmans Åkeri & Entreprenad AB (Bellmans) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen

får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering av anbudet genomförs vid vilken AK:s anbud bortses från alternativt att upphandlingen ska göras om. Som grund för sina yrkanden anför Bellmans bl.a. följande. Kommunen har utvärderat det vinnande anbudet efter att ha begärt och tillåtit kompletteringar och förtydliganden rörande anbudsgivarens egen kapacitet, åberopande av annat företags kapacitet och användande av underleverantörer. Förtydligandena och kompletteringarna har tillfört anbudet helt nya uppgifter samt inneburit att de i anbudet lämnade uppgifterna har ändrats efter sista anbudsdagen. Genom att begära och tillåta samt utvärdera anbudet med beaktande av de otillåtna kompletteringarna och förtydligandena har kommunen åsidosatt principerna om likabehandling och öppenhet. Även utan kompletteringarna och förtydligandena var AK inte kvalificerad. Förfrågningsunderlaget uppställer krav på att anbudsgivarna ska beskriva sin tekniska kapacitet och lämna uppgifter om eventuella underleverantörer. AK har underlåtit att lämna dessa uppgifter och borde därför ha diskvalificerats. Vidare har AK även underlåtit att inkomma med en moderbolagsgaranti som tillförsäkrar den tekniska kapacitet som krävs enligt förfrågningsunderlaget, varför AK inte var kvalificerad. Det vinnande anbudet borde därför inte ha utvärderats, varvid Bellmans skulle ha tilldelats avtalet. Bellmans lider således skada p.g.a. bristerna i upphandlingen, eller kan i vart fall komma att åsamkas skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan. Grunden för bestridandet är att kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. AK har uppfyllt samtliga ställda krav och har lämnat det lägsta anbudet, varför de korrekt antagits som leverantör. Det faktum att kommunen begärt in uppgifter från AK ändrar inte detta.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens bedömning

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 4 kap. 9 § LOU framgår att en myndighet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enligt förarbetena till lagen bör bestämmelsen tillämpas restriktivt (jfr prop. 2006/07:128 s. 377).

Med förtydliga eller precisera menas att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet, medan komplettera avser att komma in med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt (se t.ex. Generaladvokat Lenz förslag till avgörande i EU-domstolens mål nr C-87/94).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om det finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Av utredningen i målet framgår att AK i sitt anbud avseende punkt 2.5 och punkt 2.6 har angett att kraven uppfylls och att AK inte kommer att åberopa andra företags kapacitet respektive inte anlita någon underentreprenör. Vidare avseende punk 3.4 har AK angett att kravet uppfylls samt lämnat en beskrivning av dess kapacitet. Kommunen begärde efter anbudstidens utgång ett förtydligande av AK:s anbud och angav att krav ställs på att upp till 15 fordon ska finnas tillgängliga och bad AK beskriva dess kapacitet för att uppfylla det kravet. AK uppgav som svar att de har sju fordon och att de även förfogar över moderbolagets 19 fordon samt inhyrda fordon tillsammans med moderbolaget om cirka 40 fordon. Därefter begärde kommunen att AK skulle komplettera sitt anbud med en moderbolagsgaranti för att tillförsäkra AK:s tekniska kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning.

Bellmans har bl.a. anfört följande. De uppgifter som AK kompletterat sitt anbud med är inte sådana marginella uppgifter som konkretiserar de uppgifter som redan lämnats med anbudet. AK har tvärtom kompletterat sitt anbud med obligatoriska uppgifter som skulle ha lämnats med anbudet före sista anbudsdagen. Ändringarna avser åberopande av annat företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven avseende teknisk, finansiell och ekonomisk kapacitet och utgör en sådan ny uppgift som innebär att AK:s anbud är ett annat än det ursprungliga. Även kommunen synes ha uppfattat att detta är en ny uppgift och att denna var relevant för dess

uppfyllnad av kvalifikationskraven. Annars hade kommunen inte begärt in kompletteringen med en moderbolagsgaranti först efter AK:s första komplettering. Ändringarna avser även en ny uppgift om användande av underleverantörer. Kompletteringen är också den obligatoriska beskrivningen av AK:s kapacitet som skulle lämnats med anbudet. Vidare uppfyllde AK:s ursprungliga anbud inte ska-kraven. AK:s beskrivning berör inte frågan om teknisk kapacitet vilket är ett krav enligt punkt 3.4. Eftersom kommunen efterfrågat en beskrivning av AK:s tekniska kapacitet visar det att kommunen fann den ursprungliga beskrivningen bristfällig. Genom de uppgifter som lämnats framkom också att AK inte uppfyllde kraven på teknisk kapacitet då AK medger sig endast ha tillgång till sju fordon jämfört med kravet på 15 fordon. Vidare framgår av AK:s svar på kommunens begäran att AK anlitar underentreprenörer. Alla fordon som inte är AK:s egna är underleverantörer i förhållande till kommunen. Vad gäller punkt 2.5 har AK i sin komplettering uppgett att nyttjande av annat företags kapacitet kommer att vara nödvändigt för att uppfylla kravet på teknisk kapacitet. I det ursprungliga anbudet åberopade emellertid inte AK annat företags kapacitet. Omständigheten att AK inte uppfyller kraven på teknisk kapacitet, men i det ursprungliga anbudet underlät att åberopa annat företags kapacitet, innebär att AK inte är kvalificerat. Det är endast genom uppgiften om åberopande av annat företags kapacitet som gör att AK faktiskt beskriver hur kravet ska uppfyllas.

Kommunen har bl.a. anfört följande. Den information som efterfrågats av AK har inte något att göra med frågan om AK:s kravuppfyllnad och har inte ändrat på det faktum att AK uppfyllt samtliga ställda krav. Efterfrågad information har med andra ord saknat betydelse för tilldelningen. Vidare innehåller punkt 3.4 ett krav på att anbudsgivaren vid entreprenadstart ska ha sådan kapacitet m.m. enligt förfrågningsunderlagets krav. Krav har inte ställts på anbudsgivarens kapacitet vid tidpunkten för anbudslämnandet. Kravet ska accepteras och beskrivning har efterfrågats utan något krav på

innehållet i en sådan beskrivning. Enligt punkt 2.6 kan underleverantör anlitas för att utföra uppdraget och anbudsgivaren ska svara på frågan om sådan anlitas eller inte. AK har uppfyllt kravet genom att besvara frågan och det finns inte något som tyder på att AK avsett att anlita sådan. Att hyra in en lastbil från ett annat företag innebär inte att ett leverantörs- och underleverantörsförhållande uppstår. Vad gäller punkt 2.5 är det inte ett krav i upphandlingsrättslig bemärkelse. Kommunen har endast tydliggjort att det är en lagreglerad möjlighet för en leverantör att vid behov utnyttja annat företags kapacitet för att uppfylla något eller flera krav gällande leverantörs-kvalificeringen i enlighet med 14 kap. 6 § LOU.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis anser förvaltningsrätten att punkt 2.5 inte utgör ett obligatoriskt krav utan avser endast en möjlighet för leverantören att åberopa ett annat företags kapacitet i enlighet med 14 kap. 6 § LOU.

Vidare vad gäller punkt 3.4 konstaterar förvaltningsrätten att kravet i denna punkt innebär att anbudsgivaren vid entreprenadstart ska ha sådan teknisk kapacitet för att utföra uppdrag i enlighet med förfrågningsunderlagets krav. Av förfrågningsunderlaget punkt AFC.1 framgår att behovsvolymen normalt uppgår till minst åtta fordon dagligen och i genomsnitt har behovet under det senaste året varit tolv fordon per arbetsdag. Vidare anges att upp till 15 fordon ska kunna erbjudas alla vardagar under avtalstiden. AK har i sitt anbud angett att kravet uppfylls samt lämnat en beskrivning. Efter anbudstidens utgång har AK som svar på kommunens begäran uppgett att de behöver moderbolaget för att tillhandahålla 15 fordon eftersom de endast har sju egna fordon. Bellmans gör i huvudsak gällande att AK underlät att beskriva i anbudet att de behövde åberopa annat företags kapacitet för att uppfylla kravet på teknisk kapacitet vid anbudslämnandet. Mot bakgrund av att det enligt 14 kap. 6 § LOU är tillåtet för en leverantör att åberopa andra

företags kapacitet, och att AK angett att kraven uppfylls samt lämnat en beskrivning, gör förvaltningsrätten bedömningen att AK vid anbudstidens utgång uppfyllde de uppställda kraven i punkt 3.4.

Förvaltningsrätten bedömer även att det inte heller är fråga om ett förtydligande i strid med LOU att åberopa moderbolagets kapacitet eftersom det varit tillåtet för AK att åberopa andra företags kapacitet. Kommunens begäran om komplettering i form av en moderbolagsgaranti har inte heller skett i strid med LOU då det skett i enlighet med kraven i punkt 2.5. Vidare anser domstolen att den aktuella moderbolagsgarantin visar att AK kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs.

Slutligen anser förvaltningsrätten i likhet med kommunen att endast inhyrning av lastbilar inte innebär att en underleverantör anlitas, varför AK genom förtydligandet inte tillfört anbudet några nya sakomständigheter avseende punkt 2.6. Då det inte heller framkommit omständigheter som talar för att underleverantör kommer att anlitas har AK:s anbud uppfyllt kraven enligt punkt 2.6.

Mot bakgrund av det anförda gör förvaltningsrätten bedömningen att det saknas skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som Bellmans anför. Bellmans ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Lovisa Klingberg
Förvaltningsrättsfiskal

Förvaltningsrättsnotarien Isabella Markskog har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.